

Provokasjon som etterforskningsmetode

Kandidatnummer: 167757

Antall ord: 13092

Leveringsfrist: 10.12.09

Veileder: Arve Martin Bjørnvik

INNHOLDSLISTE

1. INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	4
1.2 Begrepsavklaring	5
1.3 Forholdet til infiltrasjon, kontrollert leveranse og lokkeduetillfellene	7

2. HENSYN FOR OG MOT PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE

2.1 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse	8
2.2 Forholdet til politiets forebyggende arbeid og ønsket om å bidra til å redusere kriminalitetsomfanget	10
2.3 Øvrige hensyn	11
2.4 Oppsummering	13

3. VILKÅR FOR BRUK AV PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE

3.1 Generelt	14
3.2 Grunnvilkåret	
3.2.1 Generelt	15
3.2.2 Rettspraksis om årsakskravet	16
3.2.3 Den nærmere vurdering av årsakssammenhengen	17
3.2.4 Endringer i tid, sted og utførelse	18
3.2.5 Oppsummering	20
3.3 Kravet om alvorlige straffbare forhold	
3.3.1 Generelt	21
3.3.2 Eksempler	21
3.3.3 Oppsummering	23
3.4 Prosessuelle vilkår	
3.4.1 Generelt	24
3.4.2 Subsidiaritet	24
3.4.3 Ingen krenkelse av prosessuelle grunnprinsipper	25

3.4.4 Beslutningsnivå og kontroll	25
3.4.5 Oppsummering	25
3.5 Hvem kan anvendes som provokatør ved etterforskning med provokasjonstilsnitt?	26
 4. KONSEKVENSENE AV AT GRENSEN FOR LOVLIG PROVOKASJON ER OVERSKREDET	
4.1 Konsekvenser for objektet	
4.1.1 Generelt	29
4.1.2 Krenkelse av grunnvilkåret	30
4.1.3 Tilsidesettelse av prosessuelle vilkår	32
4.1.4 Oppsummering	35
4.2 Konsekvenser for provokatøren	35
 5. ET SÆRSPØRSMÅL: KAN POLITIPROVOKATØRENE FRITAS SIN VITNEPLIKT?	
5.1 Generelt	36
5.2 Straffeprosessloven § 130a	38
 6. AVSLUTNING	39
 BIBLIOGRAFI	43
Litteratur	
Lover	
Konvensjoner	
Forarbeider	
Dommer	

1. INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. I norsk rett har etterforskning med provokasjonstilsnitt tradisjonelt ikke vært særlig utbredt. De senere år har imidlertid behovet for nye etterforskningsmetoder blitt sterkere. Årsaken er at enkelte kriminelle miljøer er blitt hardere og mer hensynsløse, både overfor sine egne og andre, samt at større kriminelle miljøer er blitt mer organiserte og utspekulerte i sin måte å utøve kriminalitet på. Alle disse faktorene medfører at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke lenger strekker til, blant annet fordi disse metodene først anvendes etter at den kriminelle handling er begått.

Etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt tas i bruk før den kriminelle handling er begått, slik at politiet får en mulighet til å påvirke gjennomføringen av den kriminelle handling i ønsket retning. Dette fører til at politiet, i større grad enn tidligere, får muligheten til å avsløre bakmennene, i stedet for å ta de som kun utfører selve den kriminelle handlingen.

Det finnes ulike typer provokasjon som kan utøves fra politiets side. Det har vært, og er fortsatt, en diskusjon i teorien om hvordan de ulike provokasjonsmåtene skal avgrenses og defineres. Det foreligger imidlertid enda ikke i norsk rett noen entydig definisjon av provokasjon som etterforskningsmetode.¹

Det typiske ved provokasjon som etterforskningsmetode, er at politiet har fått informasjon om at en kriminell handling skal begås. Politiet forsøker så på en eller annen måte å styre den videre utviklingen i en ønsket retning. Dette skjer ofte ved at politiet unnlater å gripe inn i en kriminell handling, for å forsøke å avsløre mer alvorlig og omfattende kriminalitet. Ettersom politiet blander seg inn før den kriminelle handling er begått, er dette den mest inngripende av provokasjonsmetodene som politiet kan benytte seg av. Årsaken er at politiet her står i fare for å fremprovosere en kriminell handling som eller ikke ville ha blitt begått.

I denne avhandlingen skal det gis en redegjørelse for gjeldende rett med hensyn til provokasjon som etterforskningsmetode. Hovedfokus vil være rettet mot hvilke vilkår som

¹ Auglend m.fl. s. 300

gjelder for at etterforskning med provokasjonstilsnitt skal være lovlig (se punkt 3 nedenfor). At provokasjonen er ”lovlig”, innebærer i realiteten at den kriminelle handlingen som politiet har påvirket, skal kunne danne grunnlag for tiltale og domfellelse av gjerningsmannen.² I tillegg til å redegjøre for vilkårene for at provokasjon fra politiets side skal være lovlig, skal jeg i punkt 4 se nærmere på hvilke konsekvenser det har eller kan ha at politiet har overskredet grensene for lovlig provokasjon.

Før disse to problemstillingene behandles, skal jeg imidlertid i punkt 2 se nærmere på de hensyn som taler for og mot at etterforskning med provokasjonstilsnitt skal være lovlig. Etter dette skal jeg se kort på et særspørsmål, nemlig om politiprovokatøren kan fritas fra sin vitneplikt, eventuelt på hvilke vilkår fritak kan skje.³ Helt avslutningsvis kommer en vurdering av om provokasjonsadgangen bør lovfestes.

1.2 Begrepsavklaring

For at reglene om provokasjon skal komme til anvendelse, er det nødvendig å fastlegge den nedre grensen for provokasjon. Selv om det ikke foreligger noen entydig definisjon av provokasjon som etterforskningsmetode, er det likevel enighet i teorien om at enkelte elementer må være til stede for at det skal kunne bli tale om slik provokasjon.

I alle høyesterettsavgjørelsene som omhandler provokasjon som etterforskningsmetode, har objektet for provokasjonen vært i villfarelse med hensyn til politiets tilstedeværelse og plan. Denne villfarelsen har politiet utnyttet. Det er derfor på det rene at slik villfarelse må foreligge for at det skal kunne bli tale om provokasjon.⁴

I tillegg til villfarelse hos objektet, er det også nødvendig for at det skal bli tale om provokasjon, at det har vært kontakt mellom provokatøren og objektet for provokasjonen. Denne kontakten må ha vært styrende for den kriminelle adferden hos objektet, men det er ikke nødvendig at det har vært fysisk kontakt mellom provokatøren og objektet.⁵ Årsaken er at politiet kan påvirke objektet og styre den kriminelle handling i en ønsket retning på andre

² Hopsnes PHS s. 153

³ Provokasjon som etterforskningsmetode reiser spørsmål i forhold til EMK og da først og fremst art. 6 og art. 8. I forhold til provokatøren kan det bli spørsmål om medvirkningsansvar. Disse spørsmålene vil imidlertid ikke bli behandlet i denne avhandlingen. Det samme gjelder de lovfestede etterforskningsmetodene.

⁴ Hopsnes JV s. 38, pkt. 4.2.2.1.

⁵ Hopsnes JV 38, Andorsen JV s. 6

måter enn gjennom fysisk kontakt. Hensynet bak reglene om provokasjon tilsier derfor at så lenge det har vært kommunikasjon mellom provokatøren og objektet, enten skriftlig eller muntlig, som har medført en påvirkning av objektet til å utføre den kriminelle handling, vil dette være tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om kontakt mellom provokatøren og objektet.

På bakgrunn av disse to momentene, definerer Hopsnes politiprovokasjon/alminnelig provokasjon som ”*det at en polititjenestemann eller en som opptrer på vegne av politiet, tar kontakt med en person og utnytter hans villfarelse til å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.*”⁶ Selv om det i juridisk teori, som tidligere nevnt, ikke foreligger noen entydig definisjon av provokasjon som etterforskningsmetode, mener jeg at Hopsnes sin definisjon er treffende. Den fanger opp de to momentene som må være tilstede for at det skal være tale om politiprovokasjon, i tillegg til at det kommer klart frem at slik provokasjon er en type provokasjon som gjennomføres før den straffbare handling er begått. Det er, som nevnt tidligere, denne typen provokasjon som vil bli behandlet i avhandlingen.

Det fins imidlertid også andre typer provokasjon. I teorien opereres det med et skille mellom alminnelig provokasjon (politiprovokasjon), bevisprovokasjon, preventiv provokasjon og provokasjon som reddende eller kontrollerende provokasjon.⁷ Det er spesielt grensen mellom alminnelig provokasjon og bevisprovokasjon som kan være problematisk å trekke.

Bevisprovokasjon er den provokasjon som politiet gjennomfører for å avdekke bevis for en straffbar handling som allerede er begått. I slike tilfeller går provokasjonen som oftest ut på å få noen av de involverte til å forsnakke seg eller avsløre noe om den kriminelle handling. Dette er en mindre inngripende provokasjon enn alminnelig provokasjon, ettersom politiet her ikke står i fare for å fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Vilkårene for bevisprovokasjon er likevel i utgangspunktet de samme som for alminnelig provokasjon.⁸

Forskjellen mellom bevisprovokasjon og alminnelig provokasjon, viser seg også ved at konsekvensene av at grensene er overskredet, er ulike for de to ulike provokasjonsmetodene.

⁶ Hopsnes PHS s. 150

⁷ Auglend m. fl. s. 300

⁸ Riksadvokatens rundskriv pkt. 1

Foreligger det en ulovlig bevisprovokasjon, anses bevisene som ulovlig ervervet, og det oppstår da spørsmål om avskjæring av bevisene i retten, slik at de kanskje ikke kan fremlegges i rettssaken mot den tiltalte.

Er det tale om ulovlig politiprovokasjon, oppstår spørsmålet om hva slags konsekvenser dette skal få for straffbarheten av den kriminelle handling som er utført. Dette vil bli behandlet nærmere i punkt 4.

De andre typer av provokasjon er i utgangspunktet mindre inngripende, ettersom de kun har som formål å for eksempel forhindre en straffbar handling, bringe tilbake stjålet gods eller få kontroll over en kriminell virksomhet. I slike tilfeller foreligger det ingen eller liten fare for at politiet går for langt. Vilåårene for å utøve slik provokasjon er derfor ikke særlig strenge. De mindre inngripende provokasjonstypene vil ikke bli nærmere behandlet i avhandlingen.

1.3 Forholdet til infiltrasjon, kontrollert leveranse og lokkeduetillfellene

Infiltrasjon, kontrollert leveranse og lokkeduetillfellene vil ikke bli behandlet senere i avhandlingen, men ettersom dette er metoder som ligger nært opp til provokasjon, gis det her en oversikt over hva de ulike metodene innebærer. Som nevnt ovenfor er det et vilkår for at det skal være tale om provokasjon fra politiets side at det har vært en kontakt mellom provokatøren og objektet for provokasjonen, som har påvirket den kriminelle adferden. Det er også dette vilkåret som skiller provokasjon fra infiltrasjon, kontrollert leveranse og lokkeduetillfellene.

Infiltrasjon er en metode av manipulerende karakter der ”*politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, innarbeider seg i (infiltrerer) en organisasjon eller et kriminelt miljø for å få tak i opplysninger som det ikke ville få ved vanlig etterforskning. Politimannen sørger f.eks. for et antrekk, utseende og opptreden som gjør at han kan ferdes i et narkotikamiljø uten å vekke oppsikt*”.⁹ Infiltratøren kan ikke foreta seg noe som påvirker det hendelsesforløpet som er under observasjon, men dersom det skjer, må det vurderes som provokasjon.¹⁰

Kontrollert leveranse innebærer at et parti ulovlige varer, for eksempel narkotika eller tyvgods som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, under politiets kontroll tillates transportert frem til mottakerne for at politiet skal kunne avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd.¹¹ Det forutsettes at politiet forholder seg passivt og kun overvåker leveransen. Dersom politiet samarbeider med for eksempel kureren, skal

⁹ Andenæs 1994 s. 257 og NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.1

¹⁰ Auglend m.fl. s. 300 og NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.1.

¹¹ NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.6

politiet kun forholde seg til det opplegget som oppdragsgiveren har skissert.¹² Påvirker politiet gjennomføringen, vil dette raskt kunne gli over i provokasjon.

Når det gjelder lokkeduetilfellene, kjennetegnes etterforskningsmetoden av at politiet forsøker å friste den kriminelle til å begå en kriminell handling, gjennom å utplassere et objekt eller å tilrettelegge en situasjon.¹³ Denne etterforskningsmetoden har klare likhetstrekk med provokasjon som etterforskningsmetode, både ved at objektet er i villrede med hensyn til politiets innblanding, samt at politiets innblanding skjer før den kriminelle handling er begått.¹⁴ Det synes likevel å være enighet i norsk rett om at lokkeduetilfellene i utgangspunktet ikke regnes som provokasjon, ettersom avgjørelsen om å faktisk gjennomføre den kriminelle handling utelukkende har opprinnelse i gjerningsmannens eget hode.¹⁵

2. HENSYN FOR OG MOT PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE

2.1 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse

Helt siden slutten av 1970-tallet har det i Norge vært en diskusjon vedrørende bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt. Denne diskusjonen ble utløst av at politiet i to narkotikasaker hadde benyttet seg av provokasjon som etterforskningsmetode.¹⁶

Hovedbegrunnelsen for å tillate slik type etterforskning, er effektiv bekjempelse av kriminalitet og dens skadevirkninger.¹⁷

Til tross for at det har vært en økt satsing på politi og påtalemyndighet, har det de senere årene skjedd en betydelig økning i alvorlig kriminalitet som drap, legemsbeskadigelser og alvorlige narkotikaforbrytelser.¹⁸ Også andre typer kriminalitet, som blant annet organisert gjengkriminalitet og spredning av barnepornografi, har økt i omfang.

Denne økningen indikerer at etterforskningsmetodene ikke er effektive nok i forhold til slike typer kriminalitet. Det er tale om alvorlig kriminalitet, og det foreligger et behov for at politiet avslører slik kriminalitet i startfasen, for å forhindre for eksempel spredning av ulovlige narkotiske stoffer eller barnepornografi.¹⁹

¹² Auglend m. fl. s. 300

¹³ NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.6

¹⁴ Auglend m.fl. s. 301

¹⁵ Hopsnes PHS s. 155

¹⁶ Dorenfeldt s. 291

¹⁷ Hopsnes JV s. 23

¹⁸ NOU 1997:15 pkt. 2.1

¹⁹ Hopsnes JV s. 24

Årsaken til at de tradisjonelle etterforskningsmetodene i mange tilfeller ikke er effektive, er blant annet at det de siste årene har skjedd en utvikling i de kriminelle handlinger. Det blir stadig mer alvorlig voldskriminalitet tilknyttet spesielle miljøer, i tillegg til at de kriminelle er mer brutale, og bruker mer våpen. I tillegg er miljøene ofte lukkede, og mer profesjonaliserte, noe som medfører at det med tradisjonelle etterforskningsmetoder er vanskelig å oppnå en løsning av saker tilknyttet slike miljøer.²⁰

En annen årsak til at behovet for å kunne gjennomføre etterforskning med provokasjonstilsnitt, de siste årene har blitt mer presserende, er at narkotikakriminaliteten stadig øker. I motsetning til ved provokasjon som etterforskningsmetode, iverksettes politiets tradisjonelle etterforskningsmetoder først etter at den kriminelle handling er utført og gjerne avsluttet. Dette medfører at politiet har få muligheter til å avsløre bakmennene, men heller må nøye seg med å ta de som utfører de kriminelle handlinger på oppdrag fra andre. I tillegg vil det ved organisert narkotikakriminalitet være vanskelig å få stanset tilførselslinjene, samt å få hånd om de narkotikapartiene som allerede er i omløp, dersom politiet kun kan ta i bruk de tradisjonelle etterforskningsmetoder. Så lenge dette er realiteten, vil politiet ha store vanskeligheter med å bekjempe alvorlig narkotikakriminalitet.

I tillegg til at kriminaliteten har endret karakter og er tilknyttet miljøer som politiet har vanskeligheter med å trenge inn i, er det også av betydning at narkotikakriminaliteten er en offerløs kriminalitet. Ved tradisjonell kriminalitet, som for eksempel vinningsforbrytelser, foreligger det et offer som ønsker å bidra til at saken blir løst, mens det ved narkotikakriminalitet sjelden er noen som ønsker å bidra til løsning i form av anmeldelse eller vitneutsagn. I tillegg har alle de involverte ofte det samme behovet for at de narkotiske stoffene er tilgjengelige på markedet.

Det er dessuten også straffbart å ha befatning med narkotika. Ved å hjelpe politiet, risikerer de involverte å bli straffet, noe som hindrer dem fra å stå frem. Til sist er det en kjent sak at narkotikamiljøet er svært hardt, og at få av dem som sitter med opplysninger av den grunn ønsker å dele disse med politiet.

²⁰ NOU 1997:15 pkt. 2.2

Alle disse momentene innebærer at politiet med de tradisjonelle etterforskningsmetodene har få muligheter til å skaffe seg kunnskap om kriminelle handlinger før de faktisk er begått. Av denne grunn uttalte også Høyesterett i Rt-1984-1076 på side 1080 at det særlig i narkotikasaker bør tillates at politiet benytter seg av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Årsaken er at politiet da kan gå mer aktivt til verks for å skaffe seg informasjon om og oversikt over de kriminelle miljøene og de straffbare handlingene som gjennomføres her. Uten slike etterforskningsmetoder vil ikke politiet ha mulighet til effektivt å bekjempe slik kriminalitet.²¹ Det er, etter min mening, klart at når de kriminelle handlinger som blir gjennomført, har endret karakter i forhold til tidligere, må også politiet endre sine metoder for effektivt å kunne bekjempe kriminalitet.

2.2 Forholdet til politiets forebyggende arbeid og ønsket om å bidra til å redusere kriminalitetsomfanget

Til tross for behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse, og dermed nye etterforskningsmetoder, vil provokasjon som etterforskningsmetode kunne komme i konflikt med flere av politiets overordnede oppgaver.

Det følger av politiloven § 2 nr. 2 at politiet i utgangspunktet skal forebygge kriminalitet. I dette ligger det en plikt for politiet til å iverksette tiltak for å forhindre at det skjer kriminelle handlinger, blant annet gjennom holdningsskapende arbeid eller ved at politiet gjør seg mer synlig i samfunnet. I tillegg vil det kunne ha en preventiv effekt at politiet synliggjør at det brukes mye ressurser på å forebygge og etterforske enkelte typer kriminalitet som er særlig samfunnsskadelige, som for eksempel narkotikakriminalitet.

Ved å tillate etterforskningsmetoder som innebærer at politiet unnlater å gripe inn i en kriminell handling det har opplysninger om, kan politiets oppgaver med å forebygge kriminalitet, krenkes. Der politiet forsøker å påvirke hendelsesforløpet til den kriminelle handlingen, i stedet for å stanse den, risikerer politiet for det første å sette borgerne i fare, ved at det ikke gripes inn i den kriminelle handlingen som politiet vet skal begås, i tillegg til at politiet ikke alltid vil ha kontroll over alle faktorer som spiller inn ved gjennomføringen av en

²¹ Hopsnes JV s. 23-24

kriminell handling. Foruten dette, risikerer politiet å bidra til at det gjennomføres kriminelle handlinger som ellers ikke ville ha blitt begått.

Samfunnsmessig sett, medfører dette at det kan sees på som uetisk og betenkelig at politiet tar i bruk provokasjon som etterforskningsmetode. I tillegg reiser slike etterforskningsmetoder etiske spørsmål i forhold til at politiet benytter straffbare handlinger som etterforskningsmetoder, for eksempel at en politimann som blir tilbudt narkotika, aksepterer å kjøpe stoffet for å få bevis for en straffbar handling som er begått, eventuelt for å straffe selgeren og bakmennene.

Dette var tilfellet i dommen inntatt i Rt-1984-1076, som regnes som den grunnleggende dom når det gjelder bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. I denne saken hadde politiet holdepunkter for at en person drev omfattende salg og innføring av narkotika fra Nederland til Norge. Politiet trådte inn i en mistenkts telefonkontakt med narkotikaleverandøren, og politimannen ble i flere telefonsamtaler tilbudt levering av narkotika i Danmark, men ga uttrykk for at han heller ønsket levering i Norge. Dette ble akseptert. Etter at leveringen var gjennomført, ble de som hadde forestått leveringen arrestert. I dette tilfellet mente Høyesterett at det forelå en lovlig provokasjon fra politiets side.

Politiet har imidlertid også andre oppgaver enn å forebygge kriminalitet. Det følger av politiloven § 2 nr. 3 at politiet også skal ”avdekke og stanse kriminell virksomhet”. I dette ligger det at politiet må gripe inn i kriminelle handlinger som begås, samt å sørge for at kriminelle blir avslørt og tiltalt. Ønsket om å avdekke og stanse kriminalitet vil kunne komme i konflikt med politiets oppgaver med å forebygge kriminalitet.

Nettopp etterforskning med provokasjonstilsnitt er et godt eksempel på dette, ettersom politiet ofte her lar en kriminell handling gjennomføres, for å kunne avdekke straffbar virksomhet i et større omfang. At politiet skal avdekke og stanse kriminell virksomhet, forutsetter at politiet i enkelte tilfeller har mulighet til å benytte provokative etterforskningsmetoder der de tradisjonelle etterforskningsmidler kommer til kort.

2.3 Øvrige hensyn

Et hensyn mot å tillate etterforskning med provokasjonstilsnitt, er imidlertid *faren for kriminalisering av borgere*. I dette ligger det at en person som vanker i et kriminelt miljø, men som ikke selv utfører kriminelle handlinger, kan bli trukket inn dersom politiet foretar en provokasjon mot dette miljøet. Provokasjonen kan på denne måten lede personen inn i en kriminell løpebane, noe som medfører et stempel som kriminell, og at personen ikke blir akseptert i miljøer som ikke er kriminelle.²²

Gjennom et fengselsopphold vil en førstegangsforbryter ofte få ytterligere kontakter. Sannsynligheten øker dermed for at personen vil utføre nye kriminelle handlinger. Ettersom det er sanksjonene i etterkant som medfører at personen blir kriminalisert, vil hensynets vekt selvsagt variere med hvilken type provokasjon det er tale om. Ved for eksempel tiltaleprovokasjon, der politiet gjennomfører en provokasjon for å kunne tiltale en gjerningsmann for en kriminell handling, vil hensynet måtte tillegges vekt, ettersom personen her risikerer straffesanksjoner for den kriminelle handling som er fremprovosert av politiets etterforskning.²³

Ved etterforskning med provokasjonstilsnitt, foreligger det også en *fare for misbruk fra politiets side*, ved at bestemte personer kriminaliseres, men så lenge det føres en effektiv kontroll med politiet, vil dette hensynet imidlertid ha begrenset vekt.²⁴

Det kan stilles spørsmål ved i hvilken grad *hensynet til objektet* for provokasjonen skal tillegges vekt. Ettersom politiets innsats kommer før den straffbare handlingen blir begått, er det en fare for at personer, som i utgangspunktet ikke hadde planer om å begå en straffbar handling, blir trukket inn i saken. Politiets innsats har i et slikt tilfelle medført at personen har blitt påvirket til å utføre en straffbar handling, slik at det kan sies at personen ikke har utvist den samme straffskyld som en følge av provokasjonen. Likevel må den enkelte ta ansvar for seg selv og egne valg, slik at dette hensynet nok ikke kan trekkes særlig langt.

Det har også vært hevdet at *hensynet til objektets personvern* bør medføre begrensninger for politiets adgang til å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt.²⁵ Det at staten griper inn i en persons liv og overvåker denne, kommer i konflikt med personens rett til handlefrihet. I

²² Hopsnes JV s. 27

²³ Hopsnes JV s. 27

²⁴ Hopsnes JV s. 28

²⁵ Hopsnes JV s. 29

tillegge vil en provokasjon kunne utfordre den enkelte borgers moralske integritet, ved at det vil kunne være fristende for en ellers lovlydig borger å begå lovbrudd, dersom det er lagt til rette for det. Hensynet må derfor tillegges vekt ved vurderingen av hvor langt politiet skal kunne gå i å benytte provokasjon i etterforskningen. Etter min mening er dette likevel et svakt argument mot provokasjon. Selv om politiet legger til rette for at den straffbare handlingen kan gjennomføres, medfører ikke dette nødvendigvis at en lovlydig person faktisk bestemmer seg for å gjennomføre en straffbar handling. De fleste har en sterk oppfatning av hva som er rett og galt, og som oftest skal det mer til enn en tilrettelegging før en person bestemmer seg for å begå lovbrudd.

Manglende kontroll med gjennomføringen av etterforskning med provokasjonstilsnitt, vil kunne medføre at det oppstår beivistvil i forhold til hva som faktisk er gjort og ikke i etterforskningen.²⁶ Dette kan bidra til å svekke tilliten mellom politiet og domstolene, noe som igjen kan medføre en mindre effektiv kriminalitetsbekjempelse. Årsaken er at domstolene i en slik situasjon forelegges beviser som ikke kan benyttes, siden det er uklart om etterforskningen har foregått på lovlig måte. En konsekvens av dette er at bevistemaet i en straffesak vendes mot politiets etterforskningsmetoder og lovligheten av disse, i stedet for at det fokuseres på gjerningsmannens handlinger. For at provokasjon skal kunne medføre en effektiv kriminalitetsbekjempelse på forsvarlig måte, er det derfor, etter min mening, nødvendig at det føres kontroll med at politiet respekterer grensene som gjelder for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. Føres det ikke slik kontroll, er det en nærliggende fare for at politiet i enkelte tilfeller går for langt. Både samfunnsmessige hensyn og hensynet til objektet for provokasjonen tilsier at dette ville være en uheldig utvikling.

2.4 Oppsummering

På bakgrunn av de hensynene som er gjennomgått, ble det i NOU 1997:15 pkt. 2.1 uttalt at reguleringen av politiets metodebruk under etterforskning må ”*bero på en avveining av samfunnets behov for oppklaring av lovbrudd mot det inngrep etterforskningsmidlet antas å representere i den enkelte borgers personvern. I denne vurderingen må det også legges betydelig vekt på at alvorlig kriminalitet som regel representerer en form for inngrep, og*

²⁶ Hopsnes JV s. 30

oppklaring og avverging av straffbare handlinger er nødvendige for å beskytte allment anerkjente og grunnleggende verdier som respekt for personers liv, helse og frihet.”

Etter en gjennomgang av de hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til provokasjon som etterforskningsmetode, er det på det rene at det er mange hensyn som taler mot bruk av slike metoder. Samtidig er det ingen tvil om at det er behov for nye etterforskningsmetoder, slik at politiet kan bekjempe kriminalitet på en effektiv måte.²⁷ De hensyn som taler mot politiets bruk av provokasjon, må derfor ivaretas gjennom at det trekkes grenser for når slike etterforskningsmetoder kan anvendes.

Som jeg kommer tilbake til senere, er provokasjon som etterforskningsmetode ikke lovfestet. Grensene for adgangen til bruk av slike metoder, må derfor trekkes på bakgrunn av de reelle hensyn som er gjennomgått ovenfor, slik at behovet for provokasjon må veies mot de hensynene som taler mot provokasjon som etterforskningsmetode.

3. VILKÅR FOR BRUK AV PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE

3.1 Generelt

Reglene om hva som utgjør lovlig politiprovokasjon er ikke lovfestede, og Høyesterett ga i dommen inntatt i Rt-1984-1076 uttrykk for at etterforskning av denne art ikke krevde lovhjemmel. Førstvoterende uttalte at i mangel av lovregulering, ”*må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie.*”, jf. dommen side 1079. I mangel av lovregulering må det nærmere innholdet, herunder hvilke vilkår som gjelder for at provokasjon som etterforskningsmetode skal være lovlig, fastlegges på grunnlag av andre rettskilder; i hovedsak rettspraksis, teori og reelle hensyn.

Riksadvokaten har utformet retningslinjer for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode i narkotikasaker, som politiet er rettslig forpliktet til å følge. Disse retningslinjene er basert på tidligere rettsavgjørelser om provokasjon, og gjelder for det tilfellet at provokasjonen skal danne grunnlag for tiltale og domfellelse, såkalt tiltaleprovokasjon.²⁸

²⁷ NOU 1997:15 pkt. 2.1 s. 2.

²⁸ Hopsnes PHS s. 153

I Rt-1984-1076 på side 1081 uttalte førstvoterende at retningslinjene i utgangspunktet kun har karakter av å være en instruks fra overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene og at domstolene ikke er bundet av disse retningslinjene, men heller må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt.

Høyesterett tok likevel i dommen inntatt i Rt-1998-407 (Skriksaken) utgangspunkt i retningslinjene da det skulle vurderes om det forelå en ulovlig provokasjon fra politiets side, og uttalte i den forbindelse at retningslinjene *”bør ha tilsvarende betydning i andre saker hvor slike etterforskningsmetoder er aktuelle.”* Selv om riksadvokatens instruks i utgangspunktet kun gjelder narkotikaforbrytelser, vil altså de samme vilkår for lovlig provokasjon gjelde i andre typer saker, som for eksempel alvorlige vinningsforbrytelser.

3.2 Grunnvilkåret

3.2.1 Generelt

Høyesterett uttalte i den tidligere refererte dommen i Rt-1984-1076 at *”det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.”* Dette regnes som grunnvilkåret for at etterforskning med provokasjonstilsnitt skal aksepteres av domstolene.

Også riksadvokaten har i sine retningslinjer uttrykt at dette må regnes som et grunnvilkår for at politiprovokasjon skal kunne anses lovlig.²⁹

At det ikke godtas at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, henger etter min mening for det første sammen med at politiet skal forhindre kriminalitet, ikke skape det. I forhold til objektet for provokasjonen er det også et poeng at politiets innblanding kan medføre at straffverdigheten til den kriminelle handling øker, og at forsettet til gjerningsmannen gjerne forsterkes gjennom politiets innblanding. Etter min mening er det dette Høyesterett ønsker å unngå ved å stille opp et slikt krav.

I det følgende skal det redegjøres nærmere for hva som ligger i dette grunnvilkåret.

²⁹ Riksadvokatens rundskriv s. 3

Vurderingen av om et lovbrudd er fremkalt av politiet eller ikke, er et spørsmål om årsakssammenheng mellom politiets etterforskning og den kriminelle handlingen som har blitt begått. Spørsmålet blir hvordan dette årsakskravet skal forstås, herunder hvilken årsakslære som skal legges til grunn.

3.2.2 Rettspraksis om årsakskravet

Førstvoterende uttalte i Rt-1984-1076 på side 1080 at etterforskning med provokasjonstilsnitt i utgangspunktet kun er berettiget ”*når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet.*” Høyesterett synes her å ta det standpunkt at det i utgangspunktet er betingelseslæren som skal gjelde. Denne går ut på at dersom politiets inntreden tenkes borte, ville den straffbare handling ikke ha skjedd.³⁰

Høyesterett pekte imidlertid i den nevnte dommen på at en slik årsakslære ville volde problemer, og at det må aksepteres at politiet styrer begivenhetsforløpet i noen grad, uten at dette skal medføre at det foreligger en ulovlig provokasjon. Den nærmere avgrensningen av hvor langt politiet kan gå, kunne ikke førstvoterende gi noen generelle uttalelser om, jf. dommens side 1080.

Til tross for dette, uttalte Høyesterett at det måtte vurderes om politiets inntreden i den konkrete saken var en for fjern og indirekte årsaksfaktor til at den kriminelle handlingen kunne sies å være fremkalt av politiet, jf. dommens side 1083. Høyesterett synes således å mene at det bør være rom for å foreta en nærmere vurdering av viktigheten av politiets inntreden for at den kriminelle handlingen ble gjennomført.

I Rt-1998-407 (Skriksaken), fulgte Høyesterett delvis opp det de kom frem til i dommen fra 1984. Spørsmålet var om tiltalte kunne straffes for forsøk på heleri i forbindelse med tyveriet av maleriet ”Skrik” fra Nasjonalgalleriet. Etterforskningen hadde som mål å bringe maleriet tilbake til galleriet i uskadet stand, og i den forbindelse var politiet i kontakt med to engelske agenter som opptrådte som interesserte kjøpere av maleriet.

³⁰ Andorsen JV s. 7

Tiltalte ble frifunnet, ettersom etterforskningsmetoden medførte at politiet fremkalte en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Førstvoterende uttalte i den forbindelse på side 410 at ”[o]m politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.” Høyesterett synes her å legge betingelseslæren til grunn. Dommen ble avsagt under dissens, og mindretallet gikk inn på en vurdering av viktigheten av politiets bidrag. Denne dommen er ikke fulgt opp i senere praksis.

Årsaken til at dommens rettsbelæring ikke er fulgt opp, er at betingelseslæren ikke passer på alle tilfeller, jf. Høyesteretts uttalelser i blant annet Rt-1984-1076 på side 1080. Det finnes saker der politiets inntreden har vært en nødvendig betingelse for at den kriminelle handlingen har blitt gjennomført, men samtidig kun en del av en hel rekke momenter som var nødvendige for at den kriminelle handlingen skulle skje. I slike situasjoner må årsakssammenhengen vurderes på en annen måte.

I Rt-2000-1482 på side 1486 legger Høyesterett seg på den linjen som ble trukket opp i Rt-1984-1076. Dommen fra 2000 omhandler det tilfellet at to menn ble stanset av en tollpatrolje på vei inn i Norge. Mennene hadde med seg 199 kilo hasjisj, men i stedet for å arrestere mennene, avtalte politiet med dem at de skulle levere stoffet som planlagt, slik at politiet fikk muligheten til å arrestere de personene som skulle motta hasjisjen i Norge. Mottakerne påberopte seg at det var benyttet en ulovlig etterforskningsmetode, men fikk ikke medhold i dette ettersom etterforskningsmetoden som var benyttet minnet mer om en kontrollert leveranse. Høyesterett ga uttrykk for at betingelseslæren ikke var tilstrekkelig til å vurdere om det forelå en ulovlig etterforskningsmetode, men at det måtte trekkes en grense mot fjerne og indirekte årsaksmomenter.

3.2.3 Den nærmere vurdering av årsakssammenhengen

Høyesterett synes å ha oppstilt betingelseslæren som utgangspunkt, men slik at det i tillegg må vurderes om politiets inntreden var en for fjern og indirekte årsaksfaktor til at den kan medføre at det foreligger en ulovlig provokasjon. I realiteten må det foretas en helt konkret vurdering av om politiets inntreden er av en slik art at den kan sies å ha fremkalt den straffbare handlingen.

Høyesterett har pekt på at et viktig moment i denne konkrete vurderingen er hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen, jf. uttalelsene i Rt-1984-1076 på side 1080.

Dersom det er politiet som har tatt initiativet, vil den straffbare handling som oftest anses for å være fremkalt av politiet på en slik måte at det foreligger en ulovlig provokasjon.

Videre har Høyesterett trukket frem som et moment om det allerede eksisterer et marked for den straffbare handlingen. Dette momentet ble trukket frem blant annet i dommen inntatt i Rt-1998-407 (Skriksaken), der Høyesterett på side 410 pekte på at ”*det var politiet som hadde foranlediget at den amerikanske institusjonen ble brakt inn i saken som mulig kjøper, og at løsepengene ble vist frem. Etter lagmannsrettens beskrivelse av saksforholdet synes det ikke å ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløp så noenlunde der og da.*”

Ettersom selgeren ikke hadde noen andre interesserte kjøpere, mente Høyesterett altså at politiet hadde vært for aktive i forhold til å fremsette tilbudet om å kjøpe maleriet. Politiets agenter var den eneste mulighet selgeren hadde der og da til å få solgt maleriet til en så høy pris. Førstvoterendes uttalelser på side 1228 i dommen i Rt-2000-1223 støtter også at dette er et relevant moment.

3.2.4 Endringer i tid, sted og utførelse

Som tidligere nevnt, uttalte førstvoterende i Rt-1984-1076 at det må aksepteres at politiet påvirker hendelsesforløpet i noen grad, uten at dette medfører at det foreligger en ulovlig provokasjon. Førstvoterende uttalte at selv om politiet ikke er berettiget til å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, må det ”*godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse*”, jf. dommens siden 1080.

Årsaken til at Høyesterett aksepterer at politiet gir endringer i forhold til tid og sted for, samt utførelse av den kriminelle handling, er at disse momentene ofte ikke har noen betydning for straffverdigheten av den kriminelle handling som er utført. Gjerningsmannens psykologiske innstilling til den kriminelle handling er i utgangspunktet like sterk selv om politiet påvirker for eksempel tidspunktet for gjerningen.

Det finnes likevel tilfeller der endringen av tidspunkt blir avgjørende for om gjerningsmannen gjennomfører handlingen eller ikke. Et eksempel er at gjerningsmannen ønsker betenkningstid i forhold til om han virkelig ønsker å selge narkotika, men at politiet presser på for å fastsette salgstidspunktet. Dersom salget gjennomføres, blir det spørsmål om det var politiagentenes ønske om å fastsette salgstidspunkt som var årsaken til at salget faktisk ble gjennomført.³¹ Politiets endring av stedet for gjennomføringen av den straffbare handlingen, vil også kunne medføre at politiet anses for å ha fremkalt den straffbare handlingen, noe dommen i Rt-1984-1076 er et eksempel på. Her ble politiagentene tilbudt levering av et parti amfetamin i København, men politiagentene insisterte på at stoffet skulle leveres i Oslo. Stoffet måtte derfor sendes med kurer fra Danmark til Norge. Kureren påberopte for Høyesterett at det var politiets endring av sted som nødvendiggjorde at han fraktet stoffet til Norge, og at politiet av den grunn fremkalte den straffbare handling som han gjorde seg skyldig i.

Tiltalte fikk ikke medhold i dette, ettersom Høyesterett mente at årsaksforholdet var uklart. Uansett var politiets mulige bidrag til at den straffbare handling ble gjennomført for fjernt og indirekte til at politiet kunne ha fremkalt den straffbare handling. Førstvoterende uttalte i den forbindelse på side 1083 at *”[s]om tidligere fremhevet, måtte politiet regne med at det stod overfor et etablert distribusjonsapparat som drev med overføring av narkotika til Norge, og også det aktuelle partiet var bestemt for Norge. At politiet under disse omstendigheter avviste forslaget fra B om levering i København og holdt fast ved levering i Norge, må etter min oppfatning aksepteres”*, og videre at *”[h]vordan stoffet gjennom dette distribusjonsapparatet skulle bringes til Norge, var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll.”*

Selv om tiltalte ikke fikk medhold i at politiet hadde fremkalt den straffbare handling, viser dommen at det må foretas en konkret vurdering for å fastslå om politiets påvirkning er av en slik art at det må sies at politiet har fremkalt den straffbare handling.

Også i forhold til politiets endring av utførelsen av den kriminelle handlingen, vil vurderingen bli om politiets bidrag er for fjernt og indirekte til at politiet kan ha fremkalt den straffbare handlingen. Etter betingelseslæren ville en slik endring raskt kunne medføre at dersom politiets bidrag tenkes borte, ville den tiltalte ikke ha gjennomført den kriminelle handling.

³¹ Andorsen JV s. 10

Et eksempel er der politiet overtaler en importør til å innføre smuglersprit med bil i stedet for med båt for ikke å miste kontrollen over spriten. I et slikt tilfelle må sjøfolkene på båten byttes ut med sjåførere.³² Her må det vurderes om politiet har fremkalt den straffbare handlingen som sjåførene gjør seg skyldig i, ettersom det ikke var disse som i utgangspunktet skulle gjennomføre importen.

3.2.5 Oppsummering

I realiteten har Høyesterett foretatt en helt konkret vurdering av om politiet har ytt en innsats eller et bidrag til den straffbare handling som er av en slik karakter at politiet kan sies å ha fremkalt den. Hopsnes uttaler at det avgjørende er om politiets kontakt har vært årsak til en endring i objektive handlinger på en måte som enten har gjort handlingen straffbar eller mer straffverdig.³³

Utgangspunktet for denne konkrete vurderingen, er betingelseslæren. Ettersom denne kun gir svar på årsakssammenhengen der det er politiet alene som har bidratt til at den straffbare handlingen ble gjennomført, er det i de fleste tilfeller behov for å vurdere årsakssammenhengen på en annen måte. Der politiets bidrag til den straffbare handlingen er ett av flere, har Høyesterett slått fast at det må vurderes om politiets bidrag, sammenlignet med de andre årsaksfaktorene, er for fjernt og indirekte til at den straffbare handlingen kan være fremkalt av politiet.

Høyesterett har i tillegg slått fast at politiet er berettiget til å gi årsak til visse endringer i tid og sted for, samt utførelse av den straffbare handling. Dersom politiets bidrag har medført slike endringer, må det vurderes om endringen hadde betydning for at den straffbare handlingen ble gjennomført. Er dette tilfelle, må det vurderes om politiets bidrag var for fjernt og indirekte til at politiet kan ha fremkalt den straffbare handlingen. Dersom politiets bidrag er for fjernt og indirekte, sammenlignet med de andre faktorene, er det tale om en lovlig provokasjon.

3.3 Kravet om alvorlige straffbare forhold

³² Andorsen JV s. 11

³³ Hopsnes JV s. 53

3.3.1 Generelt

Foruten kravet om at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, har Høyesterett stilt opp et krav om at etterforskning med provokasjonstilsnitt kun kan benyttes i saker som gjelder alvorlige straffbare forhold, jf. førstvoterendes uttalelser i Rt-1984-1076 på side 1080. Allerede i forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 ble det uttalt at ekstraordinære etterforskningsmetoder kunne være aktuelle i ”*visse alvorlige saker*”.³⁴ Vilkåret er også inntatt i riksadvokatens rundskriv.³⁵

Årsaken til at det er stilt opp et slikt krav, er for det første at det skal sikre at det foreligger et balanseforhold mellom den straffbare handling som etterforskes og arten av etterforskningsmetodene som benyttes. Etterforskning med provokasjonstilsnitt kan være inngripende overfor objektet for provokasjonen, og det er derfor viktig at slike metoder kun benyttes ved de mer alvorlige forbrytelsene.

I tillegg er det tale om en etterforskningsmetode som medfører at politiet unnlater å stanse en straffbar handling, i håp om å avdekke en mer straffverdig handling og å få mer informasjon om den straffbare virksomheten. Kravet om alvorlig straffbar handling er derfor et uttrykk for at det skal være forholdsmessighet mellom det samfunnsønske som den kriminelle handlingen representerer og metodene som benyttes for å etterforske den straffbare handling.³⁶

Kravet om alvorlige straffbare forhold går dermed først og fremst på om den kriminalitet som gjerningsmannen utfører, er av alvorlig nok karakter til at provokative etterforskningsmetoder kan tillates. Vilkåret har imidlertid også en side mot arten av de straffbare handlinger som politiet skal la gjennomføres, for å kunne avsløre mer omfattende kriminalitet. En del kriminalitet er av en slik art at det vil sees på som uetisk om politiet unnlater å gripe inn, og i slike tilfeller vil ikke politiet kunne gjennomføre provokasjon som et ledd i etterforskningen.

3.3.2 Eksempler

³⁴ Ot.prp. 35 s. 179

³⁵ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.3.

³⁶ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.3. s. 4

Dommen publisert i Rt-1993-473 (Piratdrosjedom I) representerer et tilfelle der etterforskningen ble ansett uforholdsmessig i forhold til den typen kriminalitet det var tale om. En mann ble frifunnet for å ha drevet piratdrosjevirkksomhet, for det første fordi en enkeltstående kjøring falt utenfor de aktuelle bestemmelsene i samferdselsloven. I tillegg hadde politiet fremkalt en straffbar handling, ved at sjåføren var blitt stanset og bedt om skyss mot betaling av to personer som bisto politiet i kampen mot piratdrosjevirkksomhet. I forbindelse med vurderingen av etterforskningsmetodene som var benyttet, henviste Høyesterett for det første til uttalelsene i dommen fra 1984 om at provokasjonspreget etterforskning kun kan benyttes ved alvorlige lovovertridelser der det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder.

Videre uttalte Høyesterett på side 475 at man ved bedømmelsen av om det forelå en type kriminalitet som måtte bekjempes med ekstraordinære etterforskningsmetoder, nok ikke bare bør se på strafferammen, *”men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet. Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskning med provokasjonspreg.”*

Uttalelsen innebærer at etterforskning med provokasjonstilsnitt kun kan aksepteres ved alvorlige straffbare handlinger som utgjør et samfunnsproblem. Dette vil typisk være narkotikaforbrytelser, samt annen organisert kriminalitet som foregår i tøffe miljøer. Piratdrosjevirkksomhet er ikke kriminalitet som utgjør et samfunnsproblem, i tillegg til at det er tale om kriminalitet som straffes med bøter, og regnes dermed ikke som en alvorlig nok kriminell handling til at det kan forsvare bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt.

Andersen hevder i tillegg at bruk av provokasjon for å avsløre brudd på skjenkebevillingsregler nok heller ikke vil aksepteres, ettersom brudd på skjenkereglene ikke utgjør et stort nok samfunnsproblem. I tillegg regnes det ikke som kriminalitet av alvorlig nok karakter til at politiet, eventuelt kommunen, kan gå så offensivt ut for å avsløre slik virksomhet.³⁷

Av riksadvokatens retningslinjer følger det at det i saker som gjelder spredning av barnepornografi vil være nødvendig å anvende provokasjon som etterforskningsmetode.

³⁷ Andersen JV s. 13

Strafferammen for spredning av barnepornografi er forholdsvis lav, men det er likevel viktig å bekjempe slik kriminalitet aktivt, ettersom den innebærer et alvorlig overgrep mot barn både før og etter at spredningen skjer.³⁸

Foruten at det bør være tale om kriminalitet som utgjør et samfunnsproblem, må man også se på arten av den kriminalitet som politiet skal la gjennomføres for å kunne avsløre mer fra den kriminelle virksomheten. Dersom det er tale om integritetskrenkelser, for eksempel at politiet har fått tips om at det vil komme til å skje en legemsbeskadigelse, er ikke dette noe politiet kan la være å gripe inn i, uansett om offeret for integritetskrenkelsen aksepterer eller ikke.³⁹ Det vil være uetisk å tillate at en person risikerer å bli skadet for eventuelt å få bevis mot gjerningspersonen, eller å få ham tiltalt. I et slikt tilfelle vil politiets oppgave være å forsøke å avverge den straffbare handlingen, fremfor å fokusere på å eventuelt avsløre om det ligger større og mer alvorlig kriminalitet bak.

3.3.3 Oppsummering

På bakgrunn av det ovennevnte er det klart at provokasjon som etterforskningsmetode kun kan anvendes i de tilfeller der det er tale om at alvorlige straffbare forhold vil bli begått.

For å fastslå hva som utgjør et alvorlig straffbart forhold, må det tas utgangspunkt i strafferammen for de ulike kriminelle handlinger, men da slik at det også må tas med i vurderingen om den straffbare handlingen representerer et samfunnsproblem.

Er det ikke tale om kriminalitet som utgjør et samfunnsproblem, vil det heller ikke aksepteres at politiet anvender provokasjon.

I tillegg til å se på strafferammen og om kriminaliteten utgjør et samfunnsproblem, må det også sees hen til hva slags straffbar handling det er tale om. I de tilfeller der det er tale om integritetskrenkelser, vil politiet ikke kunne anvende provokasjon, selv om det er tale om alvorlig kriminalitet. Politiets oppgave i et slikt tilfelle vil være å forhindre at integritetskrenkelsen gjennomføres.

³⁸ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.3 s. 5

³⁹ Andorsen JV s. 13

3.4 Prosessuelle vilkår

3.4.1 Generelt

Riksadvokaten lister i sitt rundskriv opp prinsippene som prosessreglene i Norge er bygget på.⁴⁰ Prosessreglene skal for det første fremme rettssikkerhet, ved at de skal sikre at det treffes riktige avgjørelser. Videre er det et prinsipp at prosessen skal være hensynsfull overfor de involverte, og samtidig tillitvekkende overfor allmennheten. For at disse prinsippene skal ivaretas ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, har det gjennom rettspraksis blitt utviklet en del prosessuelle vilkår for at slike etterforskningsmetoder skal kunne anvendes.

3.4.2 Subsidiaritet

Ettersom etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt ofte kan være svært inngripende overfor objektet for metodene, gjelder det for det første et krav om subsidiaritet. Dette fremkommer blant annet av Høyesteretts uttalelser i dommen inntatt i Rt-1984-1076 på side 1080 om at etterforskning med provokasjonstilsnitt kun bør aksepteres ”*når vanlige etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige*.” Subsidiaritetsprinsippet innebærer med andre ord at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel.

Høyesterett har senere fulgt dette opp, blant annet i dommen inntatt i Rt-1993-473 (Piratdrosjedom I) på side 475 der det uttales at ”*ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertrедelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder*.” Dersom politiet og påtalemyndigheten vurderer saken slik at man vil kunne nå frem med tradisjonelle etterforskningsmetoder, vil etterforskning med provokasjonstilsnitt ikke tillates anvendt.

Det kreves likevel ikke at de ordinære metoder er forsøkt, ettersom dette kan medføre at hele etterforskningen blir mislykket.⁴¹ Politiet og påtalemyndigheten må derfor selv vurdere om det er muligheter for at ordinære etterforskningsmetoder vil nå frem, noe som støttes av Høyesteretts uttalelser i dommen fra 1984 om at påtalemyndigheten i den konkrete saken

⁴⁰ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.1

⁴¹ Andorsen JV s. 15

hadde ”forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat”, jf. dommens side 1082. Riksadvokaten gir som eksempel at i noen tilfeller, for eksempel ved spredning av barnepornografi på nettet, er det klart allerede fra starten av, at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil være tiltrekkelig effektive til å kunne avsløre bakmennene. I et slikt tilfelle vil det derfor være nødvendig å anvende etterforskning med provokasjonstilsnitt.⁴²

3.4.3 Ingen krenkelse av prosessuelle grunnprinsipper

Det neste prosessuelle vilkåret fremkommer av dommen inntatt i Rt-1999-1269 (Verksmesterdommen) der lagmannsrettens avgjørelse ble opphevet på grunn av at etterforskningsmetoden innebar en krenkelse av prosessuelle grunnprinsipper.

Dommen gjelder et tilfelle der en fengselsbetjent var tiltalt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. For å få bevis mot fengselsbetjenten, innledet politiet et samarbeid med en av de innsatte i fengselet. Under en samtale mellom fengselsbetjenten og den innsatte, sa fengselsbetjenten seg villig til å bistå ved en ny rømning mot vederlag. Fengselsbetjenten tegnet en skisse som skulle leveres den innsattes medhjelper. Denne medhjelperen var en politibetjent, utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker. Før pengene for skissen ble overlevert den tiltalte fengselsbetjenten, ble han spurt av medhjelperen om deltakelsen ved den forrige rømningen. Samtalen ble tatt opp på bånd og brukt mot fengselsbetjenten i den senere rettssaken.

Høyesterett kom til at etterforskningsmetoden krenket den tiltaltes rett etter EMK art. 6 til å forholde seg taus. Selv om dommen gjelder et tilfelle av bevisprovokasjon, altså der politiet søker å skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, illustrerer den at politiet ikke kan krenke grunnleggende prinsipper som ligger til grunn for vår straffeprosess. Retten til å forholde seg taus er en slik grunnleggende rett, som her ble krenket, og Høyesterett kom derfor til at beviset skulle ha vært avskåret.

3.4.4 Beslutningsnivå og kontroll

⁴² Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.4.

Foruten at provokasjon som etterforskningsmetode må være eneste effektive metode, samt ikke må komme i konflikt med prosessuelle grunnprinsipper, er det også et krav at bruk av metoden må besluttet på kompetent nivå og gjennomføres under nødvendig kontroll. I følge riksadvokatens retningslinjer skal beslutningen om bruk av provokative etterforskningsmetoder tas av statsadvokaten i distriktet.⁴³ Politimesteren eller visepolitimesteren tar stilling til om statsadvokatens tillatelse til å benytte provokative etterforskningsmetoder skal innhentes. I tillegg til at det foreligger krav om beslutningsnivå, fremgår det av retningslinjene at det alltid må være *”utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres. Provokasjonen må gjennomføres slik at politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer.”*⁴⁴

3.4.5 Oppsummering

Etter dette er det på det rene at også visse prosessuelle vilkår må være oppfylte for at politiet skal kunne anvende provokasjon som en del av etterforskningen. For det første må provokasjon være den eneste effektive etterforskningsmetode, i tillegg til at bruk av provokasjon ikke må krenke prosessuelle grunnprinsipper, som retten til å forholde seg taus. Til sist må bruk av provokasjon som etterforskningsmetode besluttet på kompetent nivå, i tillegg til at det må føres nødvendig kontroll med gjennomføringen av provokasjonen.

Det kan stilles spørsmål ved om brudd på noen av disse prosessuelle vilkårene skal få konsekvenser for den senere rettslige behandlingen av saken, altså om tiltalte kan påberope seg at brudd på de prosessuelle vilkårene medfører at provokasjonen blir ulovlig. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.

3.5 Hvem kan anvendes som provokatør ved etterforskning med provokasjonstilsnitt?

Utgangspunktet er at det ikke foreligger noen regulering av hvem politiet kan anvende som provokatør, men polititjenestemenn bør benyttes som agenter så langt det er mulig.⁴⁵

⁴³ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.4

⁴⁴ Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.4.

⁴⁵ Andorsen JV s. 14

I enkelte tilfeller er det likevel ikke praktisk mulig å benytte polititjenestemenn som agenter, og politiet har derfor ofte behov for å kunne benytte sivile som agenter. Et eksempel er der politiet forsøker å avsløre salg av narkotika og det allerede foreligger en avtale om kjøp. I et slikt tilfelle vil det være vanskelig for politiet å tre inn i avtalen med en polititjenestemann som agent, og politiet må da i stedet styre den sivile kjøpers handlinger i den ønskede retning, slik at politiet på den måten evner å avsløre selgeren.⁴⁶

I de tilfeller der politiet benytter sivile som agenter, blir det spørsmål om på hvilket tidspunkt det skjer en identifikasjon mellom politiet og agenten, slik at eventuelle feil som agenten gjør vil få konsekvenser for etterforskningen og eventuelt den senere rettslige behandlingen av forholdet.

Høyesterett la i Rt-1993-473 (Piratdrosjedom I) uten videre til grunn at politiets sivile medhjelpers opptreden i saken måtte likestilles med politiets egen. Forholdet var her at personer i drosjenæringen opptrådte som politiets medhjelpere under en planlagt politiaksjon mot piratdrosjekjøring. Høyesterett vurderte ikke her om politiet hadde benyttet seg av uskikkede agenter, men synes uten videre å legge til grunn at politiet måtte identifiseres med agentene.

Dommen viser at i de tilfeller der det er politiet som kontakter agentene og organiserer provokasjonen, skjer det uten videre en identifikasjon mellom politiet og agentene, slik at reglene om provokasjon kommer til anvendelse.⁴⁷

I tillegg er det i dommen fra 1993, samt i dommen inntatt i Rt-2000-1223 (Trondheimsheroinsaken) politiet som styrer agentens handlinger. I dommen fra 2000 hadde politiet benyttet en kvinne, som selv var en del av et narkotikamiljø, som agent. Kvinnen skulle følge politiets instruksjoner, og bistå politiet med å avsløre erverv og oppbevaring av et halvt kilo heroin gjennom å fremprovosere en salgssituasjon.

Også dommen i Rt-1994-319 (Piratdrosjedom II) kan leses som at det skal skje en identifikasjon der politiet styrer agentens handlinger. Dommen omhandler et tilfelle der to personer innen drosjenæringen gjennomførte en provokasjon for å avsløre piratdrosjekjøring.

⁴⁶ Andorsen JV s. 14

⁴⁷ Hopsnes JV s. 46

Høyesterett uttalte på dommens side 321 at denne saken skilte seg fra forholdene i saken fra 1993. Årsaken var at *”hvor kontrollen ble organisert av drosjenæringen selv, er hensynene til dels andre enn når det er politiet som forestår denne.”* Denne uttalelsen kan leses som at det ikke uten videre skjer en identifikasjon mellom politiet og agentene i de tilfeller der det ikke er politiet som har kontrollen med aksjonen. En forutsetning for identifikasjon er dermed at det er politiet som styrer agentenes handlinger.

Videre følger det av dommen at det ikke er tilstrekkelig for identifikasjon at politiet kun godkjenner et opplegg for provokasjon fra sivile, jf. uttalelsene på dommens side 321. Politiet må yte en større grad av aktivitet for at en person utenfor politiet skal kunne gjennomføre en provokasjon som får konsekvenser for den senere behandling av saken.

Av dette følger det da at i de tilfeller der en person på eget initiativ og uten å varsle politiet, gjennomfører en provokasjon, ikke skal skje en identifikasjon mellom politiet og privatpersonen.⁴⁸ I et slikt tilfelle kan det bli tale om medvirkningsansvar for den som har gjennomført provokasjonen.⁴⁹

Bruk av sivile agenter kan være forbundet med en viss risiko, i den forstand at personen som benyttes ofte selv er en del av for eksempel et narkotikamiljø. Det kan da oppstå et troverdighetsproblem i forhold til den agenten som er benyttet.⁵⁰

Dette var tilfellet i den tidligere refererte dommen inntatt i Rt-2000-1223 (Trondheimsheroinsaken). Ettersom politiet hadde benyttet en agent som selv var en del av et narkotikamiljø, oppstod det i den etterfølgende rettssaken mot selgeren et spørsmål i forhold til om agenten var årsak til at lovbruddet skjedde, og om det dermed var agenten som hadde fremprovosert den kriminelle handling. Høyesterett uttalte i den forbindelse at siden det her var tale om en sak med få andre beviser enn agentens vitnesbyrd, oppstod det et spørsmål om troverdighet.

Årsaken var at førstvoterende mente det var *”i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som*

⁴⁸ Hopsnes PHS s. 156

⁴⁹ Hopsnes JV s. 47, note 93

⁵⁰ Andorsen JV s. 14

enten har eller kan få straffesiktelser mot seg og som i det hele vil føle seg – og er – avhengig av sin politikontakt.” Konsekvensen av dette avhengighetsforholdet var, etter Høyesteretts mening, at det forelå en stor risiko for at agenten ville gå for aktivt til verks for å oppnå det resultatet som politiet ønsket, og dermed risikere at agenten fremprovoserte en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.

Som en følge av dette, uttalte Høyesterett på dommens side 1231 at ”*[d]et står for meg som klart at C var uskikket til å innta den sentrale posisjon som kjøper i en politiaksjon der det ikke allerede før aksjonen startet var klarlagt på annen måte at selgeren hadde anskaffet heroinet.*”

Etter dette er det på det rene at politiet ikke står fritt til å velge hvem som skal brukes som agenter. Politiet bør, blant annet av hensyn til den eventuelle senere rettslige behandlingen av saken, velge troverdige agenter, slik at det ikke oppstår tvil omkring hvordan provokasjonen ble gjennomført.

Dommen viser i tillegg at selv om en agent går utenfor de instruksjoner som politiet har gitt, må det foretas en identifikasjon mellom agenten og politiet.⁵¹ Forholdet i dommen var nettopp at det oppstod tvil i forhold til agentens grad av aktivitet, noe som resulterte i at tiltalte ble frifunnet. Dette kommer jeg tilbake til i neste punkt.

4. KONSEKVENSENE AV AT GRENSEN FOR LOVLIG PROVOKASJON ER OVERSKREDET

4.1 Konsekvenser for objektet

4.1.1 Generelt

At det er foretatt en ulovlig provokasjon fra politiets side, vil først og fremst få konsekvenser for objektet for provokasjonen, altså gjerningsmannen. Det forutsettes i det følgende at straffbarhetsvilkårene for gjerningsmannen er oppfylte, slik at han i utgangspunktet skal straffes for den utførte straffbare handling, uavhengig av om den er fremprovosert eller ikke.

⁵¹ Hopsnes PHS s. 157

I dommen i Rt-1984-1076 på side 1079 ble det uttalt at det i tilfeller der politiet har fremprovosert en straffbar handling, er naturlig at påtalemyndigheten avstår fra å reise straffesak. Dette sluttet riksadvokaten seg til i sitt rundskriv, der det fremgår at i de tilfeller der grunnvilkåret er krenket, skal det ikke reises tiltale.⁵² Utgangspunktet er derfor at gjerningsmannen ikke skal tiltales for straffbare handlinger som er fremprovosert av politiet.

Dersom det likevel tas ut tiltale for disse straffbare forholdene, blir spørsmålet hvilke konsekvenser provokasjonen skal få for tiltalte.

4.1.2 Krenkelse av grunnvilkåret

Et spørsmål er om ulovlig politiprovokasjon kan medføre at straffesaken mot tiltalte, når det gjelder den fremprovoserte handlingen, skal avvises. For at en sak skal kunne avvises, må det foreligge feil ved tiltalebeslutningen, jf. straffeprosessloven (strpl.) § 254, jf. § 285 andre ledd. Det at det er foretatt en ulovlig provokasjon fra politiets side, vil ikke ha noen innvirkning på utformingen av tiltalebeslutningen. I alle tilfeller skal det gis en mulighet til å rette feil ved tiltalebeslutningen, slik at avvisning uansett ikke vil kunne skje, jf. strpl. § 285 andre ledd. Avvisning av saker er derfor ikke særlig praktisk ved ulovlig provokasjon.

Foreligger det en ulovlig provokasjon fra politiets side, ville det stride mot den alminnelige rettsfølelsen å ilegge gjerningsmannen fullt ansvar for denne handlingen. Årsaken er at politiet har ”lurt” en person til begå en straffbar handling, og dersom gjerningsmannen likevel idømmes fullt ansvar, ville dette i realiteten bety at rettsordenen later som om det ikke har blitt begått ulovligheter mot tiltalte.⁵³ Av den grunn kom Høyesterett i Rt-1992-1088 frem til at fullt ansvar for gjerningsmannen er utelukket. Bakgrunnen for saken var at to av de tre tiltalte, som alle var utenlandske statsborgere, ble dømt for blant annet innførsel av 235 gram heroin. Politiet hadde samarbeidet med en informant som opplyste at den tredje av de tiltalte kunne skaffe store mengder heroin, og en polititjenestemann bestilte da 200 gram. Ved overleveringen ble to av de tiltalte arrestert. Den tredje, som hadde inngått avtalen med informanten, ble ikke dømt for dette forholdet, ettersom det var politiet som hadde

⁵² Riksadvokatens rundskriv pkt. 2.2.

⁵³ Andorsen JV s. 20

fremprovosert avtalen. De to dømte påberopte forgjeves at deres innførsel av heroin var fremkalt av politiet gjennom salgsavtalen.

Spørsmålet blir da om ulovlig provokasjon fra politiets side kan medføre frifinnelse for tiltalte.

Av Høyesteretts uttalelser i den ovenfor refererte dommen fra 1992, fremgår det at ulovlig provokasjon medfører frifinnelse for tiltalte. Høyesterett uttalte på dommens side 1091 at et argument mot å idømme straff for handlinger som politiet har fremprovosert, er at det vil *”finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet.”* Videre uttales det at man bør se det slik at det foreligger *”en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon”*, dersom gjerningsmannen tiltales for straffbare handlinger som politiet har fremprovosert.

Andenæs mener at Høyesteretts henvisning til den generelle rettsstridsreservasjonen kan virke forvirrende. Årsaken er at gjerningsmannens handling ikke kan bli rettmessig kun fordi den er fremprovosert av politiet. Dette forhindrer likevel ikke at den ulovlige provokasjonen kan sees på som en straffrihetsgrunn.⁵⁴ Også Andorsen er av den oppfatning at henvisningen til den generelle rettstridsreservasjonen er uklar. Han mener at ettersom for eksempel et narkotikasalg aldri kan bli rettmessig, selv om det er fremprovosert av politiet, er det mulig at henvisningen til rettsstridsreservasjonen må forstås som at straffebudet skal tolkes innskrenkende, men da vil det være vanskelig å forstå henvisningen til en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Dersom straffebudet tolkes innskrenkende, slik at gjerningsmannens handling ikke omfattes av ordlyden, må resultatet bli frifinnelse allerede på dette grunnlag. Det er da ikke nødvendig med en ulovfestet frifinnelsesgrunn i tillegg.⁵⁵

Andorsen påpeker dessuten at det vil være vanskelig å anvende den ulovfestede frifinnelsesgrunnen, ettersom det ikke er oppstilt noen vilkår eller sagt noe nærmere om innholdet av denne frifinnelsesgrunnen. Som Andorsen påpeker, vil det mest hensiktsmessige kanskje være å se på den ulovlige provokasjonen som en ulovfestet unnskyldningsgrunn. I et slikt tilfelle vil gjerningsmannens handling fortsatt være rettsstridig, men han vil likevel ikke straffes. Likevel mangler fortsatt både vilkår for, og innholdet i, en slik unnskyldningsgrunn.

⁵⁴ Andenæs 2000 s. 288

⁵⁵ Andorsen JV s. 22

Selv om uttalelsen fra Høyesterett har blitt kritisert i teorien, har det likevel blitt pekt på at spørsmålet kun har teoretisk interesse.⁵⁶ At frifinnelse skal være resultatet, fremgår blant annet av dommen inntatt i Rt-1998-407 (Skriksaken) der Høyesterett la til grunn at krenkelse av grunnvilkåret skal medføre at tiltalte frifinnes.

Dette er senere fulgt opp, og det er nå enighet om at ulovlig provokasjon fra politiets side er frifinnelsesgrunn, jf. blant annet dommen inntatt i Rt-2000-1223 (Trondheimsheroinsaken) og Rt-2000-1482, og det vil stort sett være likegyldig for den tiltalte om han frifinnes fordi handlingen anses lovlig eller straffri.⁵⁷

Det er dermed ikke tvilsomt at krenkelse av grunnvilkåret skal medføre at tiltalte frifinnes, men det har vært en diskusjon i forhold til om det kun er krenkelse av grunnvilkåret som skal medføre frifinnelse, eller om frifinnelse bør bli resultatet også der politiet har brutt de andre vilkårene for bruk av provokasjon.⁵⁸

4.1.3 Tilsidesettelse av prosessuelle vilkår

I dommen inntatt i Rt-1998-407 (Skriksaken) kom Høyesterett til at grunnvilkåret var krenket, ettersom det var uklart når og hvor den eventuelle kriminelle handling ville ha blitt utført dersom politiet ikke hadde blandet seg inn i hendelsesforløpet. På dette grunnlaget måtte domfelte frifinnes, jf. dommens side 410.

I tillegg til at grunnvilkåret var krenket, uttalte Høyesterett også at etterforskningen led av så alvorlige mangler og betenkeligheter ”at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse.” Videre ble det uttalt at ”[d]e to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være.” Førstvoterende uttalte i et

⁵⁶ Hopsnes JV s. 72

⁵⁷ Hopsnes JV s. 71-72

⁵⁸ Av riksadvokatens rundskriv pkt. 2.2, fremgår det at resultatet må bli frifinnelse dersom det likevel reises tiltale i de tilfeller der politiet har fremkalt den straffbare handling. Riksadvokaten synes her å forutsette at frifinnelse kun skal bli resultatet i de tilfeller der det er grunnvilkåret som er krenket.

obiter dictum at konsekvensen av den manglende kontroll og dokumentasjon, måtte bli at tiltalte skulle frifinnes ”også på dette grunnlag”, jf. dommens side 412.

I dommen i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken) ble frifinnelse av domfelte begrunnet i formelle feil ved etterforskningen. Ettersom førstvoterende fant politiets bruk av en uskikket agent ”avgjørende for at aksjonen har så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse”, ble tiltalte frifunnet av Høyesterett.

Andorsen er kritisk til at formelle feil ved etterforskningen automatisk skal medføre frifinnelse, ettersom det er forskjell på at politiet fremkaller en straffbar handling og at de formelle krav til etterforskningen ikke er fulgt. Overfor den domfelte er det mer graverende at politiet har forledet ham til å begå en straffbar handling, enn at det for eksempel ikke er bedt om samtykke fra statsadvokaten til å iverksette etterforskning med provokasjonstilsnitt, der den kriminelle handling ville ha blitt begått uavhengig av politiets inntreden.

Årsaken er jo nettopp at i de tilfeller der politiet har fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, har politiet gjennom sin innblanding, forsterket gjerningsmannens forsett i forhold til å begå den straffbare handling. Dersom det kun foreligger formelle feil ved etterforskningen, som at det ikke er innhentet samtykke fra statsadvokaten eller at det er benyttet uskikkede personer som agenter, har dette i utgangspunktet ingen innvirkning på gjerningsmannens planer om å begå den straffbare handling. Gjerningsmannens skyld er således den samme som den ville ha vært, uten at de formelle feil ved etterforskningen hadde blitt begått.⁵⁹

Som Andorsen påpeker, behandler Høyesterett både krenkelse av grunnvilkåret, samt formelle feil ved etterforskningen som saksbehandlingsfeil. Høyesterett synes å straffe politiet for at etterforskningen inneholder til dels alvorlige mangler, gjennom å frifinne domfelte på grunn av formelle feil ved etterforskningen. Årsaken kan være at Høyesterett ønsker at frifinnelsen skal virke forebyggende i forhold til at politiet begår slike feil i etterforskningen ved en senere anledning.⁶⁰ Dette kan være uheldig, ettersom den kriminelle handling her ville ha skjedd uavhengig av politiets innblanding, og det synes derfor noe merkelig å straffe politiet

⁵⁹ Andorsen JV s. 21

⁶⁰ Andorsen, JV s. 23

gjennom å frifinne domfelte for en straffbar handling som han uansett ville ha begått. Slike feil burde, etter min mening, heller ha fått konsekvenser internt i politiet.

Konsekvensen av at prosessuelle vilkår for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode ikke var overholdt, ble også omtalt i den tidligere refererte dommen inntatt i Rt-2000-1482. Forsvareren i saken påberopte, foruten at grunnvilkåret var krenket, at både kravet om beslutningsnivå og kontroll med hendelsesforløpet ikke var overholdt fra politiets side.

Høyesterett uttalte for det første til dette at ”[j]eg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken – som har klare likhetstrekk med kontrollert overlevering – ulovlig”, jf. dommens side 1486. Videre kom Høyesterett til at politiet i denne saken hadde ført tilstrekkelig kontroll med gjennomføringen av overleveringen av narkotikapartiet, til at det ikke var fare for at stoffet ville komme på avveie. Førstvoterende uttalte deretter, på dommens side 1487, at for det tilfellet at politiet ikke hadde hatt full kontroll over hendelsesforløpet, ville ikke dette kunne brukes som grunnlag for frifinnelse. Årsaken til dette var at ”[n]år det ved bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt stilles krav om at det må etableres en betryggende dokumentasjons- og kontrollordning, er det blant annet med sikte på å sikre påliteligheten av etterforskningsresultatet.”

Høyesterett synes her å gå bort fra at prosessuelle feil automatisk må lede til frifinnelse, og åpner for en nærmere vurdering av hva slags konsekvenser det egentlig har medført for den tiltalte at ett eller flere prosessuelle vilkår ikke er overholdt. Førstvoterendes uttalelser innebærer at så lenge notoriteten er ivaretatt, og det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon i forhold til gjennomføringen av provokasjonen fra politiets side, vil ikke objektets rettssikkerhet være krenket. Det at politiet i forkant har manglet en plan for gjennomføringen av provokasjonen eller ikke har full kontroll med hendelsesforløpet, vil da ikke kunne tillegges avgjørende betydning.⁶¹

Formelle feil medfører dermed kun at det foreligger en ulovlig provokasjon fra politiets side, dersom feilene er så alvorlige at tunge preventive hensyn gjør seg gjeldende eller der brudd på de prosessuelle vilkårene medfører bevisproblemer.⁶² Likevel er det slik at dersom det

⁶¹ Hopsnes JV s. 68

⁶² Hopsnes JV s. 74

foreligger flere feil fra politiets side, vil formelle feil komme inn i en samlet vurdering av om etterforskningen med provokasjonstilsnitt var lovlig eller ikke, jf. blant annet Høyesteretts uttalelser i dommen inntatt i Rt-1998-407 (Skriksaken).

4.1.4 Oppsummering

Utgangspunktet er at objektet ikke skal tiltales der politiet har fremkalt den straffbare handlingen. Dersom det likevel reises tiltale mot objektet, må det sondres mellom årsakene til at det foreligger en ulovlig provokasjon. Har politiet gjennom etterforskningen krenket grunnvilkåret, slik at politiet har fremkalt den straffbare handling, skal dette medføre frifinnelse av tiltalte for den fremprovoserte straffbare handlingen. Dersom politiet kun har krenket prosessuelle vilkår, må det foretas en nærmere vurdering av hvilke konsekvenser dette har hatt. Er notoriteten ivaretatt, slik at det er mulig å gå tilbake og se hvordan politiet faktisk gjennomførte provokasjonen, vil en krenkelse av de prosessuelle vilkårene ikke medføre at det foreligger en ulovlig provokasjon som automatisk skal medføre frifinnelse for den tiltalte.

4.2 Konsekvenser for provokatøren

At grensen for lovlig provokasjon er overskredet, kan også medføre konsekvenser for de polititjenestemenn som har gjennomført provokasjonen. Dersom politiet har benyttet en sivil person som agent, vil det i utgangspunktet ikke medføre noen konsekvenser for denne personen om han overskrider grensene.

For polititjenestemennene som har gjennomført provokasjonen, kan det tenkes flere ulike konsekvenser, avhengig av hvor grov overskridelsen av provokasjonsadgangen er.

I følge tjenestemannsloven (tjml.) § 14 kan en polititjenestemann ilegges ordensstraff for *”overtredelse av tjenesteplikter eller unnlatelse av å oppfylle tjenesteplikter”*, jf. bestemmelsens bokstav a. Videre følger det av tjml. § 14 bokstav b at en polititjenestemann kan ilegges ordensstraff for *”utilbørlig atferd i eller utenfor tjenesten som skader den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen.”* Av bestemmelsens andre ledd følger det at som ordensstraff ilegges skriftlig irettesettelse eller tap av ansiennitet fra én måned til to år. I tillegg kan tjenestemannen som ordensstraff settes ned i en lavere stilling, enten varig eller for en begrenset tid, jf. tjml. § 14 andre ledd, andre punktum.

Videre kan det at en polititjenestemann, som har mindre enn to års sammenhengende tjeneste, går ut over sin adgang til å anvende provokasjon, medføre oppsigelse, jf. tjml. § 9 første ledd. Det må i et slikt tilfelle vurderes om oppsigelse vil ha ”saklig grunn[...]i tjenestemannens forhold”. For polititjenestemenn som har mer enn to års sammenhengende tjeneste, må det vurderes om polititjenestemannen, som følge av at han har overskredet grensene for lovlig provokasjon, ”er varig uskikket for stillingen”, jf. tjml. § 10 andre ledd, bokstav b.

Dersom provokatøren har overskredet grensene for provokasjon på en slik måte at han kan sies å ha utvist ”grov uforstand i tjenesten”, jf. § 15 første ledd, bokstav a, kan han avskjediges. Det samme gjelder dersom polititjenestemannen ”ved utilbørlig atferd i[...]tjenesten viser seg uverdig sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen”, jf. bestemmelsens første ledd, bokstav a.

5. ET SÆRSPØRSMÅL: KAN POLITIPROVOKATØRENE FRITAS SIN VITNEPLIKT?

5.1 Generelt

I det følgende skal jeg se nærmere på et spørsmål i tilknytning til provokasjon som etterforskningsmetode, nærmere bestemt spørsmålet om provokatørene kan fritas sin vitneplikt i en eventuell påfølgende straffesak. Fremstillingen nedenfor konsentreres i hovedsak om de tilfeller der det er polititjenestemenn som anvendes som provokatører.

Det har tidligere vært en diskusjon vedrørende spørsmålet om en politiprovokatør kan fritas fra sin vitneplikt mot gjerningsmannen.⁶³ Årsaken til at dette var et tema, var for det første at provokatørens personlige sikkerhet tilsa dette. Sakene det er aktuelt å benytte provokasjon som etterforskningsmetode i, gjelder alvorlige straffbare forhold som begås i tøffe miljøer. Faren for represalier mot vitner er derfor nærliggende. I tillegg har det i diskusjonen blitt trukket frem at vitneplikten kan medføre at den enkelte agent vil bli kjent for miljøene, slik at dette i senere saker vil begrense mulighetene til å benytte agenten i etterforskningen.

⁶³ Gammeltoft-Hansen s. 110-111

I forhold til hensynet til agentens sikkerhet, har Gammeltoft-Hansen pekt på at det ikke vil være et agent-problem, men et ”*narkoproblem*”, ettersom det på grunn av det tøffe miljøet også vil være fare for andre vitner enn politiet.⁶⁴ Dette argumentet vil derfor i utgangspunktet ikke ha stor vekt i en diskusjon vedrørende om politiet kan fritas sin vitneplikt i egenskap av å ha deltatt i en etterforskning med provokasjonstilsnitt.

Argumentet om at agenten ikke kan benyttes igjen dersom identiteten hans blir kjent i miljøet, er et spørsmål om ressurser, noe som ikke kan tillegges vekt i denne diskusjonen. I land med relativt små miljøer, der de ulike medlemmene nok har en viss kjennskap til hverandre, vil en etterforskning med provokasjonstilsnitt allerede på grunn av dette, utgjøre en fare for den enkelte agent. Dersom en agent benyttes i flere operasjoner, er det større fare for å bli gjenkjent allerede i denne fasen, enn at identiteten tilkjennegis under domsbehandlingen av saken. Politiet står altså uansett i fare for bare å kunne benytte agenten én gang i slik type etterforskning.

På den annen side, taler det for vitneplikt at det kun gjennom provokatørens forklaring vil være mulig å få et fullstendig bilde av hvordan etterforskningen har blitt gjennomført, slik at man kan vurdere om etterforskningen har foregått på lovlig måte. Dersom gjerningsmannen hevder å ha blitt utsatt for ulovlig provokasjon fra politiets side, vil det i utgangspunktet være nødvendig å avhøre politiagenten for å kunne avdekke hvordan etterforskningen har foregått, og eventuelt imøtegå påstanden om ulovlig provokasjon.

Spørsmålet om adgangen til anonym vitneførsel ble tatt opp i dommen i Rt-1997-869 som omhandlet det tilfellet at tre britiske polititjenestemenn ble avhørt ved bevisopptak i London etter å ha deltatt i tilbakeføringen av ”Skrik” til rette eier etter tyveriet. To av tjenestemennene oppga ikke personalia i avhøret, for å forhindre at identiteten deres skulle avsløres, ettersom dette ville medføre at agentene ville bli kjent for det kriminelle miljøet i London. Avhørene ble i stedet gjennomført ved at agentene oppga dekknavn. Spørsmålet var om avhørene, til tross for manglende personalia, kunne legges frem som bevis i saken.

Høyesterett kom på dommens side 875 til at det ikke forelå hjemmel for i rettsmøte å motta forklaring fra vitner uten at vitnenes identitet ble oppgitt og nedtegnet i rettsboken. Årsaken til

⁶⁴ Gammeltoft-Hansen s. 111

dette var at strpl. § 130 inneholder utrykkelige bestemmelser om at rettens formann skal spørre vitnet om identiteten. Det forelå ikke noen hjemmel, som passet på det konkrete tilfellet, for å fravike dette. Ettersom bruk av anonym vitneførsel medfører vanskelige avveiningsspørsmål, mente Høyesterett at det måtte være opp til lovgiver å ta stilling til om anonym vitneførsel skulle tillates i norsk rett. Resultatet i kjennelsen ble derfor at Høyesterett ikke tillot agentene å operere med dekknavn under avhørene.

5.2 Straffeprosessloven § 130 a

På bakgrunn av denne kjennelsen, ble Justisdepartementet bedt om å utrede spørsmålet om det burde gis lovhjemmel for i spesielle tilfeller å tillate anonym vitneførsel. Dette førte til at det ble gitt en bestemmelse i strpl. § 130 a om anonym vitneførsel.⁶⁵

Adgangen til anonym vitneførsel etter strpl. § 130 a gjelder to typer av tilfeller, og kommer etter sin ordlyd til anvendelse både der det er sivile og polititjenestemenn som er brukt som agenter.

I bestemmelsens første ledd bokstav a åpnes det for anonym vitneførsel der avsløring av vitnets identitet medfører fare ”for en alvorlig forbrytelse som krenker livet, helsen eller friheten til vitnet eller noen vitnet står i et slikt forhold til som nevnt i § 122”. Lovgiver ønsker med denne bestemmelsen å forebygge represalier mot vitnet eller dets nærstående. Etter bestemmelsen kreves det ikke at det er siktede selv som skal gjennomføre represaliene, men de må være av en viss alvorlighet. Det er tilstrekkelig at det foreligger fare for slike represalier, men faren må basere seg på objektive holdepunkter og ikke kun på vitnets subjektive oppfatning om at det risikerer represalier.⁶⁶

Det andre typetilfellet som kan begrunne anonym vitneførsel etter strpl. § 130 a første ledd, bokstav b, er at vitnet har deltatt i skjult etterforskning. Dersom det er fare ”for at muligheten for et vitne til å delta skjult i etterforskningen av andre saker av den art som er nevnt foran, blir vesentlig vanskeliggjort”, kan retten tillate at vitnet skjuler sin identitet for tiltalte. Denne bestemmelsen skal altså, som tilfellet var i Rt-1997-869, sikre at polititjenestemannen som vitner, skal kunne benyttes i senere lignende saker. Dersom identiteten avsløres for det

⁶⁵ Andenæs 2000. s. 181, jf. Ot.prp. 40 s. 16 hvor det fremgår at kjennelsen fra 1997 er årsaken til diskusjonen.

⁶⁶ Andenæs 2000 s. 182

kriminelle miljøet, vil ikke polititjenestemannen kunne benyttes i skjult etterforskning i dette miljøet ved en senere anledning.⁶⁷

For at anonym vitneførsel skal tillates, stilles det også i bestemmelsens første ledd krav om alvorligheten av den saken som vitnet skal forklare seg i. Bestemmelsen inneholder en oppregning av i hvilke typer saker anonym vitneførsel kan tillates. Dette gjelder blant annet saker som omhandler visse typer narkotikaforbrytelser, seksualforbrytelser, legemsbeskadigelser og drap.

Saker som er mindre alvorlige enn de som er oppregnet i strpl. § 130 a første ledd, må enten føres med dårligere bevisførsel eller henlegges, dersom vitnet ikke ønsker å oppgi sin identitet for tiltalte.⁶⁸

I tillegg følger det av bestemmelsens annet ledd at anonym vitneførsel kun tillates i de tilfeller der det er *”strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvær.”* Dette innebærer at for eksempel i de tilfeller der det er nødvendig å kjenne vitnets identitet for å kunne avgjøre dets troverdighet, vil dette kunne medføre at anonym vitneførsel ikke tillates.⁶⁹

Etter at strpl. § 130 a trådte i kraft, foreligger det nå en mulighet for at polititjenestemenn og sivile agenter, som har deltatt i en etterforskning med provokasjonstilsnitt, skal kunne vitne uten å oppgi sin identitet til tiltalte. Bestemmelsen om anonym vitneførsel innebærer med andre ord ikke at provokatørene kan fritas sin vitneplikt, men at de gis anledning til å vitne uten å oppgi sin identitet. Dette vil kunne forebygge faren for represalier, samt at det ikke vil medføre problemer å anvende den samme agenten ved en senere anledning i samme type saker. Gjennom denne bestemmelsen sikres altså de hensyn som tidligere gjorde seg gjeldende i debatten som gjaldt om polititjenestemenn som hadde opptrådt som provokatører, kunne fritas sin vitneplikt, samtidig som tiltalte i stor grad sikres et betryggende forsvær.

6. AVSLUTNING

⁶⁷ Andenæs 2000 s. 182

⁶⁸ Andenæs 2000 s. 182

⁶⁹ Andenæs 2000 s. 182

Som denne avhandlingen har vist, foreligger det et økende behov for at politiet kan ta i bruk provokative etterforskningsmetoder – og slike metoder anvendes også stadig mer. Et spørsmål er om adgangen til bruk av slike metoder skal lovfestes. I forarbeidene til straffeprosessloven av 1981, ble det diskutert om adgangen til bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder skulle lovreguleres, men departementet fant at det da ikke var grunn til å lovregulere slike metoder.⁷⁰

Årsaken til dette, var for det første at det ville være vanskelig å formulere en lovbestemmelse i forhold til hvor grensen for lovlig provokasjon skal trekkes.⁷¹ I tillegg så man på erfaringene fra Danmark, der provokasjonslignende tiltak i liten grad ble benyttet i etterforskning, etter at adgangen ble lovfestet. Årsaken var at det ble vanskelig å unngå at bakgrunnsinformasjon og kildenes identitet ble avslørt. Utvalget kom derfor til at en tilsvarende lovregulering ville medføre det samme resultatet, noe som ville innebære økte vanskeligheter med å avdekke blant annet alvorlig narkotikakriminalitet.⁷²

At man enda ikke har valgt å lovregulere bruken av provokasjon som etterforskningsmetode, kan etter min mening henge sammen med at den ordningen vi har i dag, fungerer tilfredsstillende. Da Dorenfeldt første gang tok opp politiets bruk av provokasjon, uttrykte han en bekymring for at politiet ville komme til å gå for langt, og at det burde utvises forsiktighet ved bruk av slike etterforskningsmetoder.⁷³ Det stadig økende behovet for at politiet kan ta i bruk nye etterforskningsmetoder, kan tale for at adgangen til bruk av slike metoder, bør lovfestes. På denne måten har politiet klare regler å forholde seg til, slik at forutberegneligheten sikres, samt at hensynene som taler mot bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, kanskje vil kunne ivaretas på en bedre måte.

Høyesterett uttalte i dommen publisert i Rt-1984-1076 på side 1079 at ”*enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art.*” Videre uttalte Høyesterett at lovgivers mening, da det ble bestemt at etterforskning med provokasjonstilsnitt ikke skulle lovreguleres, var at det skulle være opp til domstolene å trekke grensene.

⁷⁰ Ot.prp. 35 s. 179

⁷¹ Ot.prp. 35 s. 179

⁷² NOU 1997:15 pkt. 2.25

⁷³ Dorenfeldt s. 293

Etter min mening, vil det i utgangspunktet være hensiktsmessig at det er domstolene som trekker grensene for adgangen til å benytte provokativ etterforskning. Vilåårene for provokasjon er utviklet gjennom rettspraksis, og for hele tiden å kunne ha en effektiv kriminalitetsbekjempelse, er det nødvendig at provokasjonsadgangen reguleres av dynamiske regler. Dette henger sammen med at gjennomf5ringen av de kriminelle handlinger stadig endres, og politiet b5r ha anledning til å endre sine metoder i takt med dette.

Nettopp av denne grunn, foreligger det en fare for at en lovfesting av provokasjonsadgangen vil begrense politiets adgang til å ta i bruk slike metoder. Bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt krever at det foretas en rekke skj5nnsmessige vurderinger i forhold til hvor langt politiet kan gå, og i hvilke situasjoner slike metoder kan anvendes. Særlig årsakskravet kan være vanskelig å formulere, noe som innebærer en fare for at regelen blir for streng. I et slikt tilfelle kan konsekvensen bli at provokasjon i svært få tilfeller benyttes, noe som igjen medf5rer en fare for at kriminalitetsbekjempelsen ikke blir så effektiv som man 5nsker.

Dessuten vil forutberegneligheten, etter min mening, kunne ivaretas tilstrekkelig gjennom de grensene som rettspraksis og riksadvokaten trekker opp. Aktiv kontroll med at politiet holder seg innenfor de optrukne rammer, samt at 5verskridelse av grensene får konsekvenser, vil kunne virke forebyggende i forhold til at politiet 5verskrider grensene. I tillegg skal objektet for provokasjonen ikke tiltales i de tilfeller der politiet faktisk har fremprovosert den straffbare handlingen, eventuelt frifinnes dersom objektet likevel tiltales.

Andorsen er av den oppfatning at en ren kodifiserende lovgivning vedr5rende provokasjon som etterforskningsmetode nok ikke vil ha noe for seg.⁷⁴ Årsaken kan nettopp være at vilåårene er utviklet gjennom rettspraksis, og at denne ordningen synes å fungere. Han gir likevel uttrykk for at det kanskje vil ta seg bedre ut at man faktisk har et lovgrunnlag å vise til ved anvendelsen av provokasjon som etterforskningsmetode.

Hopsnes synes å mene at provokasjon som etterforskningsmetode b5r lovfestes av hensyn til blant annet lovskravet i EMK. art. 8 om retten til privatliv.⁷⁵ Årsaken er at provokasjon fra politiets side kan være av en slik art at den rammes av bestemmelsen, men dette må vurderes

⁷⁴ Andorsen JV s. 26

⁷⁵ Hopsnes PHS s. 140

konkret i det enkelte tilfelle. Dersom retten til privatliv krenkes gjennom etterforskningen, kreves det hjemmel i lov for at politiet skal kunne benytte slik provokativ etterforskning. Selv om det kan tenkes tilfeller der provokativ etterforskning blir så inngripende at det kreves lovhjemmel, vil nok de fleste tilfeller av slik etterforskning ikke være av så inngripende karakter at lovhjemmel kreves. Dette har i hvert fall ikke vært noe fremtredende tema i de tidligere nevnte dommer fra Høyesterett, noe som etter min mening indikerer at den provokative etterforskning fortsatt ikke sees på som inngripende nok til at lovskravet i EMK art. 8 kommer til anvendelse.

Selv om det ikke umiddelbart synes å foreligge noen fare for at provokasjonsmetodene vil bli så inngripende at blant annet EMK art. 8 krenkes, vil dette fort kunne bli situasjonen. Det er derfor viktig at lovgiver foretar en løpende vurdering av om provokasjon skal lovfestes. Etterforskningsmetoder som for eksempel kommunikasjonskontroll er allerede lovfestet, og det er nok derfor bare et tidsspørsmål før også provokasjonsadgangen lovfestes.

BIBLIOGRAFI

Litteratur:

- | | |
|--------------------------|--|
| Andenæs 1994 | Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess Bind 1, 1994 |
| Andenæs 2000 | Johs. Andenæs, Norsk Straffeprosess Bind 1, 2000 |
| Andorsen JV | Kjell V. Andorsen: Provokativ politietterforskning.
Jussens Venner 2001 s. 1-27 |
| Auglend m.fl. | Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut
Røsandhaug: Politirett, 2. utgave, 1999 |
| Bjerke/Keiserud | Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud:
Straffeprosessloven med kommentarer, Bind II, 3.
utgave, 2001 |
| Dorenfeldt | Lauritz J. Dorenfeldt: Kan ekstraordinære
etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?
Lov og Rett 1978 s. 291-303 |
| Gammeltoft-Hansen | Hans Gammeltoft-Hansen, "Agent Controlleur"
Tidsskrift for Rettsvitenskap 1984 s. 89-131 |
| Hopsnes JV | Roald Hopsnes, Provokasjon som politimetode
JV 2003 nr. 2 s. 18-86 |
| Hopsnes PHS | Roald Hopsnes: Politiets forebyggende politimetoder
PHS Forskning 2003:3 s. 103-161 |
| Riksadvokatens rundskriv | Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 26.april 2000, del
III |

Lover:

Straffeprosessloven (strpl.)	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25
Tjenestemannsloven (tjml.)	Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3

Konvensjoner:

EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon
-----	---

Forarbeider:

NOU 1997:15	NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
Ot.prp. 35	Ot.prp. nr. 35 (1978/1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)
Ot.prp. 40	Ot.prp. nr. 40 (1999/2000) Straffeloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å beskytte aktørene i en straffesak mot trusler og represalier mv.)

Dommer:

Rt-1984-1076
Rt-1992-1088
Rt-1993-473 (Piratdrosjedom I)
Rt-1994-319 (Piratdrosjedom II)
Rt-1997-869
Rt-1998-407 (Skriksaken)
Rt-1999-1269 (Verksmesterdommen)
Rt-2000-1223 (Trondheimsheroinsaken)
Rt-2000-1482